

SKRIFTLIG INNLEGG

TIL

HØYESTERETT

Sak nr.: 20-149286SIV-HRET

Ankende parter: Marianne Carolin m.fl.

Prosessfullmektig: Advokat Magnus Buflod
Norsk Sykepleierforbund (NSF)
Postboks 456 Sentrum, 0104 Oslo

Ankemotpart: Stiftelsen Grefsenhjemmet
Ogmunds vei 18b, 0488 Oslo

Prosessfullmektig: Advokat Kurt Weltzien
Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO)
Postboks 5250 Majorstuen, 0303 Oslo

Saken gjelder: Skriftlig innlegg etter tvisteloven § 15-8

1 Innledning

Landsorganisasjonen i Norge (LO) inngir med dette skriftlig innlegg til belysning av allmenne interesser etter tvisteloven § 15-8 i sak 20-149286SIV-HRET mellom Marianne Carolin m.fl. og Stiftelsen Grefsenhjemmet.

For LO er det av stor betydning at Høyesterett holder fast ved de grunnleggende reglene om tariffavtalens normative virkning, som har vært en del av norsk arbeidsrett i svært lang tid. Innlegget vil i liten grad gå detaljert inn i rettskildebildet, da dette allerede er og vil bli godt dekket av partenes og partshjelpenes innlegg i saken. Innlegget vil i større grad fokusere på det som er LOs hovedinnvending til lagmannsrettens dom; at tariffavtaler ikke har ettervirkning i det individuelle avtaleforholdet. I tillegg vil systembetragtninger og betydningen av regelen for norsk arbeidsliv, samt forliket mellom LO og NHO i Kantarellen-saken for Arbeidsretten kommenteres.

Det erkjennes at det til dels kan gjøre seg gjeldende andre hensyn ved tariffavtaleskifte enn i situasjoner hvor tariffavtalen opphører uten å erstattes av ny tariffavtale. LOs syn er likevel at tariffavtalevilkår også i slike situasjoner kan ha individuell ettervirkning, jf. nærmere under punkt 3.2.

2 Grunnlaget for skriftlig innlegg

LO er Norges største arbeidstakerorganisasjon, med over 970 000 medlemmer organisert i 25 landsomfattende forbund som er tilsluttet LO. Hvert forbund dekker bestemte yrker, næringsgrener eller offentlige etater.

Etter LOs gjeldende vedtekter § 1 er organisasjonens formål blant annet «å fremme og samordne lønnstakernes faglige, økonomiske, helsemessige, sosiale, forsikringsmessige og kulturelle interesser». Etter LOs gjeldende handlingsprogram skal LO blant annet «forsvare og forsterke det kollektive avtalesystemet» og «forsterke hovedavtalene og overenskomstenes betydning».

Saken som står for Høyesterett gjelder grunnleggende regler om kollektiv arbeidsrett, som ligger i kjernen av LOs formål og naturlige virkeområde. Vilkåret for å inngi skriftlig innlegg etter tvisteloven § 15-8 (1) b) må anses oppfylt. Innlegget vil begrense seg å belyse allmenne interesser, og ikke subsumsjonen eller utfallet av den konkrete saken. Det er imidlertid ikke et krav at innlegget skal være nøytralt, jf. HR-2018-1887-U avsn. 17.

3 LOs kommentarer til sakens rettslige problemstillinger

3.1 Normative tariffavtalebestemmelser blir en del av den individuelle arbeidsavtalen

Gjennom sitt medlemskap har arbeidstakerne gitt de respektive forbund og LO fullmakt til å fremforhandle lønns- og arbeidsvilkår på deres vegne. LO eller forbundene fremforhandler da arbeidsvilkårene kollektivt for alle organisasjonens medlemmer under ett, eller eventuelt for alle medlemmer som tilhører samme landsomfattende tariffavtale. Den grunnleggende tanken er at arbeidstakerne på denne måten oppnår større forhandlingskraft enn om de skulle forhandlet enkeltvis med arbeidsgiver. I tillegg er forhandlingskraften underbygget av organisasjonenes rett til å ta ut sine medlemmer i streik.

Det forhandlingsresultatet LO oppnår nedfelles normalt ikke i den enkeltes arbeidsavtale, men i et samlet dokument – tariffavtalen. Gjennom det såkalte ufravikelighetsprinsippet, lovfestet i arbeidstvistloven § 6, oppnås likevel den samme effekt, ved at eventuelle bestemmelser i den enkeltes individuelle arbeidsavtale som er i strid med tariffavtalen anses ugyldig og erstattes av tariffavtalens bestemmelser. Tariffavtalen vil også utfylle arbeidsavtalen der arbeidsavtalen er taus. Bestemmelser i arbeidsavtalen som *ikke* er i strid med tariffavtalen påvirkes derimot ikke. Etter LOs syn er denne løsningen også til arbeidsgivers fordel ved at revisjon av arbeidsavtaler kan skje effektivt og administrative kostnader reduseres.

En viktig forutsetning for at normeringen skal være effektiv er at den enkelte arbeidstaker kan håndheve sine rettigheter etter arbeidsavtalen. Ved at vilkårene som ble fremforhandlet i tariffavtale blir en del av den enkeltes individuelle arbeidsavtale, er også dette aspektet ivaretatt. Det er ikke tvilsomt at en medlemsbundet arbeidstaker selv kan reise sak for de alminnelige domstoler med krav om å få etterbetalt tarifflønn. Grunnlaget for kravet vil i så fall være vedkommendes arbeidsavtale, herunder med det rettslige innhold den har fått i kraft av arbeidstvistloven § 6. På denne måten oppnås en effektiv normering av det individuelle arbeidsforholdet, uten at det enkelte individuelle arbeidsavtaledokument må oppdateres.

Hensikten med tidsbegrensning av tariffavtaler er først og fremst å sette rammer for *fredsplikten*. Gjennom å inngå en tariffavtale har arbeidstakerne samtidig forpliktet seg til å opprettholde arbeidsfred så lenge tariffavtalen gjelder. Det er først når tariffavtalen har utløpt at arbeidstakersiden igjen kan forhandle og benytte arbeidskamp for eventuelt å kunne oppnå forbedring av arbeidsvilkårene. At tariffavtalen som sådan er tidsbegrenset er altså ikke et uttrykk for at de lønns- og arbeidsvilkår som ble fremforhandlet er midlertidige. Disse har blitt en del av det enkelte medlems individuelle arbeidsforhold.

Tilsvarende vil gjelde sett fra arbeidsgiversidens ståsted. Etter tariffavtalens utløp kan også arbeidsgiversiden forhandle og eventuelt benytte arbeidskamp (lockout m.m.) for å endre arbeidstakernes lønns- og arbeidsvilkår. Inngås ny tariffavtale med reduserte vilkår sørger ufravikelighetsprinsippet for at disse reduserte vilkårene blir en del av alle de individuelle arbeidsavtalene og at motstridende bestemmelser ugyldiggjøres. Det er derfor feilslått å hevde at tariffavtaler vil miste sin normerende kraft gjennom en regel om individuell ettervirkning. Tvert imot er tariffavtalens virkning inn i de individuelle arbeidsavtalene nettopp det som gjør den til et effektivt instrument for både arbeidstaker- og arbeidsgiversiden.

Når lagmannsretten uttaler at «*de hensyn som ligger bak systemet med tariffavtaler [taler] mot at de skal ha en ettervirkning i det individuelle avtaleforholdet*», er dette altså en grunnleggende feilslutning. Tvert imot er det viktigste formålet med tariffavtaler å regulere individuelle lønns- og arbeidsvilkår på en effektiv måte.

Denne virkningen av tariffavtaler har vært lagt til grunn av begge sider i arbeidslivet i en årrekke. I Aagaard (red.) *Arbeidstvistloven* (2014) s. 51-52, som er skrevet av NHOs advokater, fremgår det:

Av denne regelen [arbeidstvistloven § 6] utledes det også at bestemmelsene i tariffavtalen til enhver tid anses som en integrert del av den enkelte arbeidstakerens ansettelsesbetingelser. Dette kan også uttrykkes slik at tariffavtalens bestemmelser inngår som en del av den enkeltes individuelle arbeidsavtale og er rettslig forpliktende for begge parter.

En konsekvens av dette er at de aktuelle tariffbestemmelsene kan påberopes på individuelt nivå og kan få virkninger selv om tariffavtalen blir sagt opp, eller arbeidstakeren melder seg ut av fagforeningen.

Særlig det siste avsnittet – at de aktuelle tariffbestemmelsene kan påberopes *på individuelt nivå* og kan få virkninger selv om tariffavtalen blir sagt opp – uttrykker nettopp det LO mener har vært den rådende og etablerte oppfatningen. Den isolerte rettskildemessige betydningen av uttalelsen er én ting. Men for LO har uttalelsen også stor betydning som uttrykk for hvordan begge de sentrale hovedorganisasjonene i norsk arbeidsliv har sett på dette spørsmålet opp igjennom historien. LO har innrettet sitt tariffpolitiske arbeid etter dette.

Dersom det var slik at lønns- og arbeidsvilkår som fremforhandles på vegne av medlemmene kun var midlertidige, og falt bort ved utløpet av tariffavtalen, ville tariffavtalens status som reguleringsinstrument for individuelle arbeidsforhold være betydelig svekket. Hvilke lønns- og arbeidsvilkår skal gjelde dersom tariffavtalen er sagt opp til opphør? Hva gjelder dersom den nye tariffavtalen kun regulerer begrensede deler av arbeidsforholdet? På hvilket grunnlag kan arbeidstaker håndheve sine rettigheter for de alminnelige domstoler?

Skulle lagmannsrettens syn bli stående som gjeldende rett vil den individuelle arbeidsavtalen nødvendigvis måtte få en mer sentral rolle i reguleringen av det norske arbeidslivet. For LOs del vil tariffavtaler være mindre egnet til å ivareta medlemmenes interesser enn de hittil har vært. Skal fremforhandlede rettigheter stå seg over tid vil de da måtte inntas i alle medlemmenes individuelle arbeidsavtaler. I tillegg til at dette er svært upraktisk, vil det undergrave tariffsystemet, fredsplikten og det organiserte arbeidslivet. Hver arbeidsavtale vil måtte bli svært omfattende og vil skille seg fra hvordan avtaler normalt utformes i norsk rett.

For LO er det derfor viktig at Høyesterett legger til grunn som den klare hovedregel at normative tariffavtalebestemmelser blir en del av den enkelte arbeidstakerens individuelle arbeidsavtale, og at disse kan påberopes av arbeidstakeren på individuelt grunnlag selv om selve tariffavtalen har falt bort.

3.2 Utgangspunktet må være det samme ved tariffavtaleskifte som ved opphør

Det har vært problematisert om det er et skille mellom de situasjoner der tariffavtalen bortfaller fullstendig, og de situasjoner der den erstattes av en annen tariffavtale. Det kunne tenkes at individuell ettervirkning var mindre aktuelt der tariffavtalen erstattes av en annen tariffavtale. Partenes forutsetninger ved inngåelse av ny tariffavtale kan også spille inn.

Etter LOs syn er det imidlertid ikke grunnlag for å oppstille noe klart eller prinsipielt skille mellom disse to situasjonene. Etter arbeidstvistloven § 1 e) skal det lite til før en avtale anses som en tariffavtale, og tariffavtaler kan derfor være svært ulike i innhold og omfang. En detaljert landsdekkende overenskomst kan for eksempel bli erstattet av en begrenset lokal tariffavtale som kun regulerer arbeidstid. Det er ikke naturlig om denne nye tariffavtalen skulle utslette lønnsbestemmelser i arbeidsavtalene som stammer fra den tidligere overenskomsten.

I *praksis* er det likevel åpenbart at disse to situasjonene ofte kan bli ulike. Dette er imidlertid ikke fordi ettervirkningen i seg selv faller bort, men skyldes *virkingen av den nye tariffavtalen*. Også den nye tariffavtalen vil nemlig ha ufravikelighetsvirkning etter arbeidstvistloven § 6, og erstatte motstridende individuelle arbeidsavtalenormer. For å gjøre det konkret: Dersom den gamle tariffavtalen fastsatte et

kveldstillegg på 50 kr timen, har dette blitt en individuell arbeidsavtalenorm for de organiserte arbeidstakerne. Hvis tariffavtalen så bortfaller og erstattes av en ny tariffavtale som fastsetter et kveldstillegg på 40 kr timen, vil den individuelle normen om 50 kr bli ugyldiggjort i kraft av arbeidstvistloven § 6 og erstattes av en ny norm som fastsetter 40 kr. Hvorvidt det foreligger motstrid som utløser ufravelighetsprinsippet eller ikke må fastlegges gjennom en tolkning av den nye tariffavtalen. Dersom den nye tariffavtalen fastsetter at kveldstillegget skal være «minst 40 kr» er det antakelig nærliggende å tolke dette som en minstelønnsnorm, slik at den individuelle reguleringen på 50 kr skal videreføres.

Det er også viktig å presisere følgende: Selv om den nye tariffavtalen ikke inneholder *noen* bestemmelser om kveldstillegg, kan det likevel tenkes at den må tolkes slik at det vil være tariffstridig å betale de ansatte et kveldstillegg på 50 kr timen. Det kan for eksempel ha vært en forutsetning mellom tariffpartene at man ikke skal ha andre lønnslementer på toppen av de som allerede følger av tariffavtalen. Dette vil bero på en tolkning av den nye tariffavtalen, noe som hører under Arbeidsrettens domsmyndighet. Det er altså ikke en praktisk problemstilling at arbeidstakerne gjennom tariffavtaleskifter skal kunne sikre seg flere sett av rettigheter som kan legges oppå hverandre, og derigjennom undergrave den nye tariffavtalen.

Oppsummert er det LOs syn at den klare hovedregelen om individuell ettervirkning i utgangspunktet også kan få anvendelse ved tariffavtaleskrifte. Hvorvidt arbeidsvilkårene som har individuell ettervirkning fortsatt skal gjelde må imidlertid avgjøres etter en tolkning av den nye tariffavtalen.

3.3 Protokollen mellom LO/NSF og NHO av 04.12.2018

Lagmannsretten har i sin avgjørelse vurdert innholdet og betydningen av en enighetsprotokoll inngått mellom NSF og NHO den 04.12.2018. Likelydende protokoll ble samtidig inngått mellom LO og NHO, og innholdet ble fremforhandlet samtidig. Protokollen ble inngått under hovedforhandlingen i Arbeidsretten ved behandlingen av sakene om Kantarellen (AR-2019-4) og Grefsenhjemmet (AR-2019-5). Lagmannsrettens forståelse av protokollen er grunnleggende feil, og LO har behov for å kommentere dette.

Protokollens innhold må ses på bakgrunn av partenes anførsler i sakene som sto til behandling for Arbeidsretten. I sine prosesskriv ga NHO uttrykk for et syn som var overraskende for LO, nemlig at individuelle rettigheter som fulgte av tidligere tariffavtale falt bort automatisk dersom bedriften fikk ny tariffavtale. LO mente et slikt syn var i strid med den rådende oppfatningen som også NHO tidligere hadde stilt seg bak, jf. ovenfor. I prosesskriv fra LO av 15.11.2018 fremgår det:

Når det gjelder videreføring av arbeidsvilkår som ikke er i motstrid med ny tariffavtale, fastholder LO det som tidligere er anført; slike vilkår faller ikke bort kun fordi det etableres ny tariffavtale. [...] Bortfall forutsetter motstrid med den nye tariffavtales lønns- og arbeidsvilkår. [...] NHO synes å anføre at det gjelder en generell tariffrettslig regel om tariffrettslig ekstinksjon av lønns- og arbeidsvilkår. Om det gjelder en slik regel om tariffrettslig ekstinksjon som også kommer til anvendelse i dette tilfellet kan og må Arbeidsretten ta stilling til om ikke saken avgjøres på annet grunnlag.

På denne bakgrunn inntok LO følgende nye punkt i påstanden under sitt hovedinnlegg for Arbeidsretten:

5. Gjennomføring av Pleie- og omsorgsoverenskomsten ga ikke tariffmessig grunnlag for å endre individuelle lønns- og arbeidsvilkår som ikke var i motstrid med denne overenskomsten.

Etter rettsdagens avslutning diskuterte tariffpartene direkte seg imellom for å se om man i realiteten likevel var enige om de generelle prinsippene, slik at påstandspunktet kunne løftes ut av saken. E-postkorrespondansen om dette skal være fremlagt for Høyesterett. Dette resulterte i den enighetsprotokoll som er sitert av lagmannsretten:

Gjennomføring av ny tariffavtale gir ikke i seg selv grunnlag for å endre individuelle lønns- og arbeidsvilkår, dersom disse ikke er i strid med den nye overenskomsten. Parten har gjennom denne protokollen ikke regulert hva som eventuelt har blitt individuelle lønns- og arbeidsvilkår. Dette er et spørsmål som eventuelt må avgjøres for de ordinære domstoler.

Som det fremgår er første setning omtrent likelydende med LOs påstandspunkt, men setningen er gjort generell for å vise at dette prinsippet ikke bare gjelder Pleie- og omsorgsoverenskomsten. For NHO var det samtidig viktig å ha med annen setning, fordi man ikke hadde tatt stilling til hva som konkret skal anses som individuelle lønns- og arbeidsvilkår.

Når lagmannsretten uttaler at «*formuleringen om «individuelle lønns- og arbeidsvilkår» heller ikke [kan] sies å referere til vilkår som er kollektivt fremforhandlet*», er det altså en fundamental feilslutning. Protokollen gjelder *nettopp* lønns- og arbeidsvilkår fra tariffavtale som har blitt individuelle arbeidsavtalevilkår. Hele bakgrunnen for saken var at de ansatte hadde mistet rettigheter de hadde i henhold til tidligere tariffavtale, etter at bedriften hadde fått en ny tariffavtale.

Innlegget er elektronisk signert og sendt Høyesterett gjennom Aktørportalen.

Oslo, 09.04.2021

Alexander Cascio
advokat